

紹介

スイスの家族共同体について

松倉耕作

1 はじめに

2 条文訳

3 九二年改正予備草案

4 若干のコメント

1 はじめに

(1) 本稿の目的

本稿は、スイス法における「家族共同体」に関する条文訳と、制度の概要を紹介するものである。本稿を著すについては、つぎの二つの目的がある。

その一は、近い将来、スイス家族法・相続法のすべての条文を邦訳すること。筆者のライフワークの一つとして、上記条

項の全訳という仕事を計画しており、改正予備草案が公表されている離婚法（一九九四年七月公表）の領域を除けば、本稿により、その作業がほぼ完成する。遅くとも一年内には、『スイス家族法相続法（条文訳）』（仮題）との名称の単著を出版する予定である。

その二は、スイス家族法の概要紹介を計画している。本稿もその準備作業の一つである。周知のように、わが民法の制定にさいしては、多くの諸国の制度を参考とした。明治民法の編纂から数えて百年以上の年月を重ねているが、今日でも、一国の家族法制度を紹介する書物はいまだ存在しない。この欠の一部を補うため、遅くとも今世紀中には、『スイス家族法概説』を出版できればと願っている。

本稿は、これら二つの目的のための準備作業という意味をもつ。したがって、本稿を著すことにより、直ちに、たとえば、日本法の解釈の参考として、またはその手掛かりとして、スイス法を対象としているわけではない。

(2) 先行研究について

(a) 条文訳について

既存の条文訳については、これまで何度も示しているので、ここでは明示しない（『南山法学』に掲載される筆者の条文訳を参照されたい）。既存の条文訳と比較する場合に留意すべきは、諸外国におけると同様に、部分改正されている領域が少なくないことである。家族法の全面改正が始まった七〇年代以降の改正については、既存の訳と比較される方もいるかと思われるので、改正根拠法を明示した。ちなみに、最も新しい改正は八九年（九一年施行）であり、そこまでホローしている先行研究は存在しない。

(b) 内容の解説（家族共同体）について

第一に、大戦後の研究として、つぎの二つの文献がみられる。

① 佐藤千春「家族財産における財団の機能と発展——スイス法研究の一環として」慶応義塾大学大学院法学研究科論文

集一八号一三九―一五九頁、八三年。スイス民法典の成立前のカントン法、民法典の形成過程、民法典施行後の学説判例にまで論及する、かなり本格的な研究である。もともと、同稿は、成立過程とその後の判例学説への言及に紙幅を割いているので、本稿と重なる部分は殆どない。

② 高木國博「スイス民法における家族財団」(神戸大学大学院 六甲台論集五卷二七号七一―八一頁、五八年。家族財団を論じる最初の紹介論文といえる。家族財団に関する部分のみ、本稿の先行研究といえる。

第二に、その他、かなり古くはあるが簡単な研究としては、左記の文献が存在する。

③ 穂積重遠「家制論」法協二七卷一号・二号、一九〇九年(明治四二年)。二号を合わせても二〇頁弱の小品である。論文というよりも、随筆風の筆致で記述される。

④ 穂積重遠「スイス民法の家制」日本社会学院大正七年度年報一―二七頁、一八年(大正七年)。

⑤ 中川善之助「スイス民法に於ける家・家長・家長権」法時六卷四号二六―三二頁、三四年(昭和九年)。制度の全貌を知るには、今日でも簡潔かつ有益な論考である。

⑥ 中川善之助「スイスに於ける家と家長」家族制度全集・史論編IV三五―三七七頁、三八年(昭和十三年)。

(3) 内容の概説(寄与分)について

一九七二年(七三年施行)とおよそ二〇年以上前の改正法であり、かつわが寄与分制度のモデルとされた法制でもあるので、本稿でも独立の柱を設けて、若干の解説をしておく。ちなみに、スイス寄与分制度については、左記の紹介論稿がある。

① 松倉耕作「相続財産の形成・維持についての相続人の寄与 1―3完」民商六八卷三一五号、七三年。スイス法については、三号四二五頁以下で紹介している。

なお、本稿で紹介しているのは、子(および孫)の寄与である。七二年改正法では、子の寄与と配偶者の寄与とは、別個

に規定されることとなった。配偶者の寄与については、松倉耕作「スイス新婚姻法の概要 (1)」判例タイムズ六一九号、とくに一〇五頁以下で夫婦間での寄与清算を扱う。八六年。

② 松倉耕作「スイス法における直系卑属の寄与——一九七二年改正法について」アカデミア経済経営学編五四号、七七年。上記①論文の公表後に改正された、新寄与分制度の概要を紹介するものである。

(4) 家族世襲財産について

独立の論稿でこの制度に言及するものは存在しない。松倉耕作「スイス法における後位相続人の指定」信託研究奨励金論集（信託協会発行）一二号、六二一六八頁、九一年、でスイスの家族世襲財産に関して若干の言及をしている。

ちなみに、家族世襲財産に関する一般的な研究として、山田あきら「家族世襲財産の起源と消滅過程」『近代土地所有権の成立過程』所収、五八年、第二章一二六頁以下、がある。スイス法に関するものではないが、この領域の研究をするには、必読文献かと思われる。

2 条文訳

〈凡 例〉

(a) 条文訳の底本 訳出にあたり底本として、最も代表的なテキスト集である Schöenberger / Gauch, ZGB, 39. Aufl., 1992 を用いた。ときに、フランス語版の代表的テキスト集である Scyboz / Gilliéron, Code civil suisse et code des obligations, 3^e éd. 1983 をも参照した。

(b) 条文の見出し 日本民法のもとでの「条文の見出し」は、周知のように、正式条文ではない。ところが、スイス民

法でいう「欄外テキスト」は条文の一部である。文字どおり、欄外に印刷されるところから、講学上このように呼ばれている。もともと本稿では、本誌印刷の都合上、条文数の下の括弧中に欄外テキストを示した。

(c) 亀甲括弧等 亀甲括弧「」内の語句は、原文にはないが、日本語に整える都合上、筆者が補足した部分である。英語でいうコロン、セミコロンの部分は原文に従った。日本語の縦組にはない表現であるが、条数を数えるおりには、誤解をさけるために、コロン、セミコロンで示す必要があるからである。

(d) 立法資料について 後学のために、各款の初めに立法資料を明示した。文献の相対的に少ないスイス民法の研究には、立法資料への言及は不可欠であろうと考えるからである。

本稿で示した立法資料の位置づけについては、松倉「スイス民法の統一とその特色」名城法学二三巻二号とくに一二七頁以下、七四年、および、松倉「オイゲン・フーバー（一八四九—一九二三年）——スイス民法典立法者の横顔」名城法学二四巻二・三合併号とくに二四一頁以下参照、七五年、などを参照されたい。

(e) 比較法 若干の外国法の条数を添付した。大陸法のなかでは、主にフランス法やドイツ法を研究する研究者が多い。そのような研究者にも有益と考えたからである。フ民はフランス民法、ド民はドイツ民法、オ民はオーストリア民法を意味する。ちなみに、これら各国については、左記の条文訳が勧められる。訳出した領域に関するかぎり、いずれの国も、左記の条文訳が公表されてからの改正はないようである。

① 稲本洋之助ほか『フランス民法典——家族・相続関係』法曹会、七八年。複数の訳者により訳されているので、若干訳語のニュアンスに違いがみられるが、今日でも有用な貴重な労作である。

② 太田武男・佐藤義彦・宮井忠夫「西ドイツ家族法」人文学報四六号、七九年。親子法の部分は、佐藤教授が訳出されている。

③ 松倉耕作『オーストリア家族法相続法』、信山社、九三年。家族法のみならず、特別法である婚姻法や身分登録令（わが法の戸籍法に近い）なども訳出される。研究に必要な文献に関する情報も収録される点が、右記の二文献と異なる。

第9節 家族共同体

〔立法資料…一九〇〇年草案354条―85条、草案解説三三七頁以下、一九〇四年草案335条―367条、連邦議會への報告四二頁以下〕

第1款 扶養義務

〔立法資料…一九〇〇年草案354条―385条、草案解説三三七頁以下・二七一頁以下、一九〇四年草案335条―337条、下院一五卷八四二―八五〇頁、上院一五卷二二一―二二八頁、親子法に関する報告および草案については、連邦官報七四年II卷九四―九六頁〕

第328条 (A 扶養義務者)

① 直系尊属、直系卑属および兄弟姉妹は、各自がこれらの親族の助け (Beistand) なくしては苦境に陥るであろうときは、互いに扶養すべき義務を相互に負う。

② 前項の規定にもかかわらず、兄弟姉妹は、これらの者が良好な状況にあるときに限り、扶養義務を負うことがある。

③ 父母および夫婦間の扶助義務 (Unterhaltspflicht) は、これを留保する。

〔補足…3項の規定は、「七十六年六月二五日付け親子法」(以下では親子法と略称する) による改正規定である。)
(七十二年フ民205条―210条、六九年・七十六年下民1601条―1615条、七八年オ民140条―143条)

第329条 (B 〔扶養〕請求の範囲と主張)

① 扶養を求める請求権は、相続権の順位に従って義務者に対して主張しなければならず、要扶養者の生活の維持のために必要かつ義務者の置かれる状況からみて相当な給付であることが必要である。

② 特別な事情のために、義務者に対する扶養請求が不当と思われるときは、裁判官は、〔義務者の扶養義務を〕軽減または免除することができる。

- ③ 子の扶養請求についての規定、および市町村への扶養請求権の移行に関する規定を準用する。

(補足…本条2項および3項の規定は、一九七六年親子法による改正規定である。)

(フ民205条―216条、1602条―1615条、オ民140条―143条)

第330条 (C 捨て子の扶養)

- ① 捨て子は、その者が出生登録された市町村が、これを扶養する。

- ② 捨て子の出自 (Abstammung) が確定したときは、前項の市町村は、扶養義務を負う親族、および最終的には扶養義務を負う(べき)市町村に対して、捨て子の扶養に要した立替金の償還を請求することができる。

(比較参照条文なし)

第2款 家長権 (Hausgewalt)

[立法資料：一九〇〇年草案357条―61条、草案解説二七二頁以下、専門委員会議事録I巻四〇六頁、一九〇四年草案338条―342条、下院一五巻八五〇―八五六頁、上院一五巻一二二―一二三〇頁]

第331条 (A 要件)

- ① 共同の世帯で生活する者が、法律の規定、合意または慣習に従って家長 (Familienhaupt) を有するときは、家長権 (Hausgewalt) は、この者に帰属する。

- ② 家長権は、以下のすべての者、(すなわち) 親族および姻族として、または契約関係に基づく被傭者またはそれと類似の地位において共同の世帯で生活する者に及ぶ。

(補足…本条2項の規定は、七二年養子縁組法や七一年労働契約法による改正規定である。)

(比較参照条文なし)

第332条 (B 効力 家内規則と配慮)

- ① 家族員が服す(べき)規則は、家族員の利益を公正に考慮しなければならない。

② とくに、家族員の教育や職業上の業務のために、および宗教上の必要を奨励するために必要な自由を、家族員に許容しなければならぬ。

③ 家族員が編入した物件については、家長は、自己の物と同一の配慮をもって管理し、かつその損害を補償しなければならない。

(比較参照条文なし)

第33条 (II 責 任)

① 未成年者、禁治産者、精神耗弱者、精神病者である家族員が〔他人に〕損害を生ぜしめた場合、通常の注意および当該事情により必要な程度の注意をもって監督したことを証明できないときに限り、家長は、損害につき責任を負う。

② 家長は、精神病者や精神耗弱者である家族員の状況からみて、これらの者のために、かつ他の危険や損害が生じることがないように、配慮すべき義務を負う。

③ 必要な場合には、必要な保護処分を求めるために、管轄官庁に届け出るべき義務を負う。

(フ民1384条、ド民832条)

第34条 (III 子および孫の〔補償〕債権 I 要 件)

① 父母または祖父母の共同世帯において、〔これらの者に〕労働または収入を出捐した、成年に達した子および孫は、これについて相当な補償を請求することができる。

② 争いがある場合には、裁判官は、補償の額、担保の提供、その種類、〔補償債権〕弁済の方法について決定する。

(補足…本条は、七二年農業民事法による改正規定である。)

(フランス一九三九年特別法、ド民2057条a)

第34条 bis (2 〔補償債権〕主張)

① 子および孫の有する補償〔債権〕は、債務者の死亡のときから主張することができる。

② 債務者に対して差押えが行われたとき、または債務者につき破産（手続）が開始されたとき、さらに共同世帯が廃止されるか、または営業（財産）が他人に譲渡されたときは、債務者の生存中に〔補償債権を〕主張することができる。

③ 補償債権は時効にかからないが、遅くとも債務者の遺産分割のさいに主張しなければならない。

（補足…本条の規定は、七二年農場民事法による改正規定である。）

（334条前掲に同じ）

第3款 家族財産

〔立法資料…一九〇〇年草案362条—85条、草案解説I巻二三七頁以下、専門委員会議事録I巻五七三頁以下・六七九頁以下、一九〇四年草案345条—367条、下院一五巻八五六—八六九頁、上院一五巻一二三一—一二三六頁〕

第335条（A 家族財団）

① 家族員の教育、独立資（Ausstattung）または扶養（など）の費用の支弁、または同様の目的のために、人事法や相続法の規則に従って家族財団が設立されることにより、一定の財産を家族と結びつける〔ことができる〕。

② 家族世襲財産（Familienfideikommissen）の設定は許されない。

（下民施行法59条）

第336条（B〔家族共通財産〕 I 設定 1 権 能）

親族が、相続財産の全部または一部を共通財産として存続させるか、または親族が財産を共通財産とすることによって、家族と結びつけることができる。

（比較参照条文なし）

第337条（2 方 式）

共通財産関係（Gemeinderschaft）の設立についての契約は、それが有効となるためには、公正証書〔によることを要

し)、かつ、すべてのゲマインダーの署名またはその代理人の署名を必要とする。

(比較参照条文なし)

第338条(Ⅱ期 間)

① 共通財産は、一定または不定の期間の間、設定することができる。

② 共通財産が、不定期間設定されたときは、各ゲマインダーは、六か月の〔予告〕期間をにおいて、〔この関係を〕解消することができる。

③ 合有財産である農場経営の場合は、〔前項の〕解消は、その地域の慣行に応じて、春期または秋期のみを解消の時期とすることができる。

(比較参照条文なし)

第339条(Ⅲ効 力 1 共通財産関係の種類)

① 共通財産関係〔の設定〕により、各ゲマインダーは、経済的な共同関係を構成する。

② ゲマインダーは、別段の定めがないかぎり、同等の権利で共通財産関係に参与する。

③ ゲマインダーは、共通財産関係の存続中は、財産関係の分割〔を請求すること〕も、共同体についての持分を処分することもできない。

(比較参照条文なし)

第340条(2 管理と代理 a 通 則)

① 共通財産関係の要務は、全ゲマインダーが共同して決定する。

② ゲマインダーの各自は、他の者の協力なしに、通常の実務を行うことができる。

(比較参照条文なし)

第34条 (b 家長の権限)

- ① ゲマインダーは、構成員の一人を、共通財産関係の長と定めることができる。
- ② 共通財産関係の長は、その要務の範囲において「共同体を」代理し、その経済的活動を主宰する。
- ③ 代理権の除外は、善意の第三者に対しては、代理〔の除外〕が商業登記簿に録されている場合に限り、その効力を有する。

(比較参照条文なし)

第342条 (3 共通財産関係に属する財産と固有財産)

- ① 共通財産に含まれる財産物件は、ゲマインダー全員の合有財産 (Gesamteigentum) となる。
- ② ゲマインダーは、債務に対して連帯責任を負う。
- ③ 各ゲマインダーが共通財産のほかに「個人」財産を占有し、または共同体の存続中に自己のためにのみ相続もしくはその他の方法により無償で取得したものは、他に別段の合意がなされていないかぎり、その個人財産 (persönliches Vermögen) となる。

(比較参照条文なし)

第343条 (IV (共通財産関係の) 解消 1 解消事由)

共通財産関係は、以下の事由により解消する…

- 1 合意〔解消〕または解除により…
- 2 共通財産関係を創設された時の経過と同時に、ただし、黙示に継続するときは、この限りではない…
- 3 共通財産についてのゲマインダーの持分が差し押さえられ、換価されたとき…
- 4 ゲマインダーが破産したとき…
- 5 ゲマインダーの一人が請求し、重大な事由があるとき。

(比較参照条文なし)

第34条 (2) 解消、支払い不能、婚姻)

① ゲマインダーが共通財産関係を解消する意思を表示し、またはゲマインダーの一人が破産し、またはゲマインダーの持分が差し押さえられ換価されたときは、その他のゲマインダーは、共通財産関係を継続することができる、この場合には、脱退者に対して清算し、脱退者の債権者に〔債務を〕弁済しなければならない。

② ゲマインダーが婚姻したときは、その者は、解消の意思表示がなくとも、清算を請求することができる。

(比較参照条文なし)

第35条 (3) ゲマインダーの死亡)

① ゲマインダーが死亡したときは、共通財産関係にはない、その者の相続人は、清算のみを請求することができる。

② 死者が、相続権を有する直系卑属を残したときは、この直系卑属は、他のゲマインダーの同意を得て、被相続人に代わって、共通財産関係に加入することができる。

(比較参照条文なし)

第36条 (4) 分割の規則)

① 共通財産の分割、または脱退したゲマインダーの清算は、〔共通財産関係を〕解消する事由が発生した場合と同様の財産状態に応じて行うものとする。

② 〔前項の〕清算または分割の実行は、不当な時期に請求することはできない。

(比較参照条文なし)

第37条 (V 収益共同体 1 内 容)

① ゲマインダーは、ゲマインダーのある者に、純益の一部を支払うことを合意することにより、共通財産の管理とその者に服する〔の所有する〕個々の財産物件の代理を委ねることができる。

② 前項の報奨金は、他に別段の合意がなされないかぎり、相当な長期の期間にわたる、共通財産の平均収益を基準として、受任者の給付〔の内容〕を考慮しながら、公正な方法で確定する。

（比較参照条文なし）

第348条（2 特別の解消事由）

① 受任者が共通財産を正しく管理しないとき、または受任者がゲマインダーに対する義務を履行しないときは、共通財産関係を解消することができる。

② ゲマインダーの一人の請求に基づいて、裁判官は、重大な事由のあるときは、遺産分割に関する規定を斟酌して、受任者の〔共通財産関係の〕経営に参与することを認めることができる。

③ そのほかに、収益共同体は、共同経営を伴う共通財産関係の規則に従うものとする。

（比較参照条文なし）

第349条（C 家 産 I カントンの権能）

各カントンは、家産（Heimstätten）の創設を許可し、次款の定め枠内において、細則を定める権限を有する。

（比較参照条文なし）

第350条（II 設 定 I 対象に関する要件）

① 農場経営またはその他の経営に役立つ財産物件、または従物を含めた住居を以下の要件のもとで、合意により、家産に帰属させることができる。

② 物件または住居は、所定の必要限度、すなわち土地負担または所有権者のその他の財産を考慮にいれずに、家族に通常の扶養を保証し、または住居として役立つ必要な限度を超えてはならない。

③ 所有権者またはその家族は、自身で財産を管理しなければならず、営業を営み、または家屋に居住しなければならぬ。ただし、重大な事由のあるときは、管轄官庁は、暫定的に例外を認めたときは、この限りではない。

(比較参照条文なし)

第351条(2) 手続と方式 a 公 告

① 家産の設定により権利を侵害されると思われるときは、家産の設定の前に、債権者その他の者が、自己の権利を申告するよう催告する旨の公告をしなければならない。

② 不動産担保債権者には、公告によって、特別な通知をしなければならない。

(比較参照条文なし)

第352条(b) 第三者の権利の保護

① 財産または住居が家産の要件を満たし、かつ(家産の)設定によって第三者の権利が侵害されるときは、管轄官庁は、設定を許可する。

② 債権者が異議を申し立てたときは、(家産の設定に)同意しない債権者に、家産(の設定)を許可してはならない。

③ 前項の規定にもかかわらず、債務者は、公告期間に拘束されずに、(家産の設定に)同意しない債権者に弁済することができるとができる。

(比較参照条文なし)

第353条(c) 登記簿への登記

家産の設定は、登記簿への登記により法的効力を生じ、職権によりそのことを公示しなければならない。

(比較参照条文なし)

第354条(III) 効 力 1 処分制限

① 家産となった財産または住居に対しては、新たな不動産担保を設定することができない。

② 所有権者は、前項の物件を、処分、賃貸、または担保に供することができない。

③ 家産およびその従物に対する強制執行は、強制管理を除いて、これを行うことができない。

(比較参照条文なし)

第355条(2) 親族の収容

管轄官庁は、所有権者の直系尊属および直系卑属、および兄弟姉妹を収容すべき義務を、所有権者に課することができる。

(補足…本条は、七二年養子縁組法による規定である。)

(比較参照条文なし)

第356条(3) 支払い不能の場合

① 所有権者が支払い不能となったときは、財産および住居は、家産〔設定〕の目的を維持しつつ、債権者の利益を保全すべき特別な管理人をつけるものとする。

② 債権者への弁済は、損失証書の日付順に従って、また破産法上の順位に従って、〔弁済を〕行う。

(比較参照条文なし)

第357条(IV) 家産の解消 1 死亡の場合

① 所有権者が死亡したときは、〔被相続人が〕死因処分により拘束的な定めにより、相続人による家産の承継を定めている場合に限り、家産を存続させることができる。

② 前項の定めが存在しないときは、所有権者の死亡後に、〔家産の〕登記簿上の登記は、抹消されるものとする。

(比較参照条文なし)

第358条(2) 生存中の場合

① 所有権者は、その生存中に、家産を廃止することができる。

② 所有権者は、前項の目的のために、管轄官庁のもとに、登記簿上の登記の抹消を求める申請をしなければならない、この申請は〔職権で〕これを公示しなければならない。

③ 何らの異議の申立もないときは、抹消を承認しなければならない。

(比較参照条文なし)

第39条 (V カントンの施行細則)

家庭に関して、カントンにより定められた規程は、それが効力を生ずるためには、連邦参事会の承認を要する。

(補足…本条の規定は、一九八九年二月一五日付け連邦によるカントンの規則制定の受権に関する連邦法によつて廃止されている。同法の施行は九一年二月一日である。)

(比較参照条文なし)

3 九二年改正予備草案

ここでは、改正予定について記しておく。スイスでは、一九七〇年代に入り、家族法の段階的・全面改正が進められている。養子法、親子法、婚姻法の三領域の改正を終え、あと二領域、すなわち離婚法と後見法との改正が予定されている。前者の離婚法の改正に伴い、本稿で対象とする家族共同体の領域でも、若干の規定が改正される予定である。

家宅 (Heimstätten) に関する349条—358条の規定は、近く削除される予定である。その根拠は、現実的な存在意義を失っているからである (vgl. Bericht mit Vorentwurf, 1992, S. 102, Vorentwurf, S. 22)。本書は、離婚に関する改正予備草案の解説書である。離婚法の改正に伴うその他の法規の改正にも言及している貴重な資料である。ちなみに、筆者自身が離婚法に関する改正予備草案の概要を紹介しているので、参照されたい。松倉耕作「スイス離婚法等改正のための予備草案」民商一〇七巻六号一五三頁以下参照、九三年)。

右の草案解説 (前掲一〇二頁) によれば、削除されることは、一九八八年段階でほぼ決定しているそうである (筆者は未見であるが、スイス連邦の官報 BBL 1988 II 1362 でその説明をみる事ができるようである)。それゆえか、前掲九二年予備草案の解説でも、削除される旨の結論を述べているにすぎない。

4 若干のコメント

ここでは、家族共同体、共通財産関係、寄与分の清算などの項目を扱う。とくに寄与分の清算については、わが法の改正のうちにスイス法を重要な参考資料としたこともあるので、他の領域よりも若干詳しく紹介することにする。本稿の「はじめに」で述べたように、本稿は条文訳と概要の素描を目的としている。それゆえ、より進んだ研究を望まれる方には、各所で示した研究書を手掛かりとされることを希望する。

1 家族共同体における扶養

主な文献(本文引用のものを除く):

- ① Banzer, A., Die Verwandtenunterstützungspflicht nach Art. 328/329 ZGB. Diss. Zürich. 1979.
- ② Thomet W., Das Bundesgesetz vom 24. Juni 1977 über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger. Bern, 1979. 本文に引用した特別法に関する資料である。

(1) 概 説

第一に、要扶養者が存在すれば、私法上はその者の親族が、公法上は市町村が扶養義務者である (vgl. Hegnauer, Grundriss § 29 I (1))。私法上の扶養を扱うのが本稿の対象となる 328 条と 329 条である。他方、公法上の扶養を扱うのが、各カントンの救貧保護法、監護扶助法、社会扶助法などである (概要については, vgl. ZöF 1981 S. 41 ff.)。いずれのカントンが管轄権を有するかは、これを定める特別法「一九七七年六月二四日付け困窮者の扶助のための管轄についての連邦法」に基づいて決定する。公法上の扶養より、家族法上のそれが優先すること、わが国と同様である (293 条 1 項参照。ことに同 2 項では、立

替金の実施細則に関する立法権限に言及される)。

第二に、社会保険は、当然のこととして、権利者の困窮状態とはかわりなく、給付がなされる。もつとも、これにより、扶養義務者の給付すべき扶養額が減額されることはある。

第三に、なすべき扶養の範囲と内容は、諸関係により決まる。事情が変われば、いつでも新たな規制が可能である (BGE 78 II 111)。一定の時期に、他の義務者による扶養の解放 (他の者が代わって扶養したであろうこと) が、裁量により期待できるときは、その場合の (扶養) 請求権は、期間が限定されている (BGE 78 II 113 f.)。扶養の範囲については、法はつきに述べる二つの要素を考慮対象としている (329 条 1 項参照)。

第四に、夫婦間および親の子に対する扶養義務を意味する *Unterhaltspflicht* と親族間のそれである扶助義務 (*Unterstützungspflicht*) とが異なること、わが国でもよく知られているので、その内容には立ち入らない (vgl. Hegnauer, Grundriss § 29 I 2)。ちなみに、両親 (159 条 3 項) および義理の父母の補佐義務 (278 条 2 項) は、扶助義務と並立するものである (vgl. Hegnauer, Grundriss § 29 I 2)。

(2) 扶養権利者が要扶養状態にあること

第一に、とくに子の扶養を強化する方向で、一九七六年親子法で、若干の修正が加えられた。規定によれば、① 扶養義務者に対して扶養請求がなされること、② 要扶養者の生活の維持に必要であること (後述(3)を参照)、③ 相当な給付であること、などがその主な内容である (vgl. Tuor, ZGB 37 II a)。

若干の補足をすれば、扶養請求の内容は、必要な生活の維持を求める権利をいうにすぎない。衣食住など個別事項の欠乏状態にあるというだけでは十分ではない (BGE 106 II 292)。要扶養者がたとえば学齢期にあれば、学費等の教育に係わる費用も含まれることはいうまでもない。

第二に、扶養権利者は、一言でいえば、自活能力のない者である (328 条 1 項参照)。自活不能に陥った原因において、その

者に責任があるかどうかは問題ではない。当然のことである (vgl. Hegnauer, Grundriss § 29 II 2 29) のことを明言する)。

(3) 扶養義務者の給付能力

第一に、自己の家族の生活が優先される。扶養義務者も自身の生活があるのであるから、他を扶養することを要求するには、おのずから限界があるのは当然である。いい換えれば、① 扶養義務者も自己の家族である配偶者や未成年子に対する扶養義務の方が重視・優先され (ただし、強制執行法 93 条の意味での「家族」に属する非嫡出子に対する関係については、vgl. BGE 78 II 11 (1))、② たとえ給付能力に余裕があっても、相当な扶養を限度として扶養請求には限界がある (vgl. Hegnauer, Grundriss § 29 II 3; BGE 83 II 8)。

第二に、給付能力を判断する基準として、資本 (財産本体) も考慮対象となる。いい換えれば、前記「第一」に述べた自己家族の生計が保証されていれば、扶養義務者は、給付の対象として、財産の収益のみならず、資本をも消費すべき義務を負う。つまり、もはや収益しか残っていないということは、扶養義務を免れる事由とはならない (多く判例がこの理を説いている。たとえば、BGE 58 II 331, BGE 59 II 4, BGE 78 II 4, BGE 101 II 21 など)。さらに、義務者の配偶者の収入、とくに扶養権利者が請求する以前から規則的に行われていた収入獲得活動 (たとえば、いわゆるパートタイムによる労働) に基づく収入も考慮の対象になる (BGE 106 II 295 ff.)。

(4) 義務者の順序など

第一に、義務者に対する具体的な扶養義務の発生する順、相続権により決まる (320 条 1 項)。たとえば、ある者について要扶養状態が発生すれば、まずその者の子や孫が、ついでその者の父母が、さらにその者の兄弟姉妹が、それぞれ扶養義務者となる。その余の者の扶養義務が生ずるのは、これらの者では完全に扶養ができない場合のみである (vgl. Hegnauer, Grundriss § 29 II 4)。

第二に、特別事情があれば、扶養料の軽減ないし免除事由となる。詳細は別書に譲る (vgl. Hegnauer, Grundriss § 29 II (5))。準用規定 (29条3項参照) についても、同様に別書に譲る (vgl. Hegnauer, Grundriss § 29 III)。

2 共同体と家長権

主な文献——

- ① Frank, R., Meine Rechte und Pflichten als Tourenleiter, als Jugendleiter. Zürich, 1975.
- ② Stark, E. W., Schweizerisches Haftpflichtrecht. Besonderer Teil, Bd. II/1, 4. Aufl. Zürich, 1987, bes. § 22 N. 26 ff. 債務法に関する代表的な概説書の一つである。
- ③ Karen, U., Die Haftung des Familienhauptes nach ZGB. 333 und des Tierhalters nach OR 56. Diss. Bern 1980.
- ④ Wessner P. A., La responsabilité du chef de famille et l'égalité époux. thèse Neuchâtel, 1981.
- ⑤ Petitjean, Th. M., Die Haftung des Familienhauptes gemäss Art. 333 ZGB. im Wandel der Zeit. Diss. Basel, 1979.

(1) 原則的規制

規制の特色として指摘すべきは、① 家長権 (Hausgewalt, l'autorité domestique) の規定に違反する行為があっても、それに対するサンクションは定められていない、② 文献によれば、サンクションを明示的に法定しなかったのは意図的なものであり、道義に委ねる趣旨のようである。

(2) 家長権の概念

(a) 概 説

家長権を論ずるさいには、家長権に服する対象となる者、家長権の主体、家長権の内容などが重要とされる。

第一に家長権の法的性質は、共同世帯の構成員のために、必要な秩序を定め必要配慮を實行する権利義務をいう (Hegnauer, Grundriss § 30 I)。家長権は、家族の利益に向けられる。他人のために行為するという意味では、親権や後見に近い。ところが、① 対象が家族のみである、② その本質において秩序と安定を目的とする点で、親権等との違いがあるとされる (Hegnauer, Grundriss § 30 I)。③ 親権との違いが問題となる。文献によれば、親権は未成年子のみが対象となるのに対して、家長権はその対象となる者が成年子や他人も含まれることが、という違いである (穂積「家制論」前掲、九七頁によれば、「家長権ト親権トノ併立ガ近代家族制度ノ要件」であると説く)。このように、すべての「家族」 (Hausgenossen) の上に及ぶ権力を民法は「家長権」 (Hausgewalt) と呼び、この権限を行使する人物を「家長」 (Familienhaupt) と呼んでいる。

第二に、「子」についていえば、親権に服する未成年子は、その父母と共同の世帯で生活しているのを通常とする。ここである子には、たとえば再婚した夫婦であれば、一方 (とくに母) の連れ子、成年子とくに成年に達したのちも、その配偶者や子とともに、父母の世帯で生活する子も含まれる。もちろん禁治産者も含まれる。文献によれば、後見官庁の処分により、当該夫婦の家庭で生活するようになった他人の子も含まれるようである。

第三に、家族の概念はわれわれがイメージするそれよりも広い。とくに契約関係に基づく者、たとえば商業を営む家庭を例にとれば、その商店の従業員で、同じ世帯で共同生活を営むような者も、家長権の対象となる「家族」に含まれることになる。わが国でいえば、たとえば陸上部に属する高校の生徒が監督の家で寝食をともにして合宿している例が多いと聞く。そのような場合は、ここでいう契約、おそらく黙示の契約に基づく家族といえるであろう。今日では殆ど存在しないであろうが、かつての従僕や書生という例を挙げの方が分かりよい世代の方もあるであろう。

第四に、右記の家族と一家の主（通例は父、ときには祖父）との間に、（家族的な）權威による従属関係があることをいう。

(b) 家長となる者の決定

第一に、家長は、必置の制度、すなわち必ず存在しなければならないものではない。文献によれば、たとえば二人姉妹が共同生活を営む場合などにあつては、上下ないし従属関係のない方がむしろ自然であろう。そのような場合には、家長が存在しないことの方が多いであろう。

第二に、規定によれば、家長の発生事由は三つある（331条1項参照）。① 法律の規定、② 合意による設定、③ 慣行による設定、の三つがそれである。

少し補足しよう。法規による家長として、新婚姻法が制定される以前においては、夫婦であれば夫が家長となつたが（旧100条）、新法では夫婦の従属関係がなくなつた。また、種々の施設等での家長は、当該施設を取り巻く法律の規定によつて、家長が決まるであろう。さらに、合意により決まるのは、たとえば新法下での夫婦、養育関係に入る子（わが法流にいえば里子）の場合などがその例といえる。慣習によるものとして、文献では、兄弟姉妹が挙げられる。年長者が家長となるわけである。

第三に、理論的には法人も家長となりうるようである。たとえば、ホテルを経営する株式会社それがそれである（Hegnauer, Grundriss §3012B による）。その場合の家長の任務は、当然のこととして、自然人が履行することになる。

最後に、対象となる者との関係では、わが国でイメージする家という概念より広く、より拡大された家族、施設、教育機関、ときには休暇中のコロニーなども、家長の規制の対象となる（Tuor, ZGB 38 III a, S. 345 f. 中川「家長権」前掲、二七—二八頁参照）。

(c) 家長の権限

家長は、とりわけ家内規則（Hausordnung(a)）を定めることができる。文献によれば、たとえば「門限は一〇時とする」というのがその例である。このようにいうと、ローマ時代の絶対的な権限を意味する父権（Paterfamilias）を彷彿させる恐

れがある。民法上という家内規則はそれとは異なる（中川「家長権」前掲、三一頁をも参照）。

第一に、家内規則は書面で作成される必要はなく、口頭での制定も可能である。

第二に、家長権には制約がある。すなわち、家内規則を定めるさいには、家長権の所有者である家長は、専制的に制定してはならず、家族員の正当な利益を考慮しなければならない（332条1項）。文献によれば、この規定の内容は、労働法、旅館法、養育子法などにより、補充されているといわれる（たとえば、養育子法については、松倉耕作『概説スイス親子法』第4章二三五頁以下、九五年、信山社）。

第三に、権限の範囲は広い。たとえば礼拝を行う時間を与えることができるか、といったことまで決めることができるので、一面では道徳や慣習をも補充ないし修正する権限も含まれることになる。

(d) 家長の義務

第一に、家族員の利益を配慮する義務がある（332条2項）。わけでも、家族員の教育や職業上の業務を遂行するため、また宗教上の活動を保証する自由を許容しなければならない（332条3項）。

第二に、財産管理義務についていえば、家長は、家族員の財産を自己の財産と同一の注意をもって保管し、かつその損害を補償することを要する（332条3項）。中川善之助教授は、保管義務、保全義務という表現を用いて説明する（中川「家長権」前掲、三一頁）。後者は保全というよりも、損害補償である。この規定も、法律の規定または契約により、補充されている。たとえば、ホテルの宿泊客に対する責任については、債務法478条や488条がそれである。

(3) 家長の責任

家族員が他人に加えた損害を賠償する責任と、家族員を配慮する責任、子（および）孫に対する寄与を補償する責任などがその主なものである。最後の寄与清算は別の項目で扱う（後述7参照）。

(a) 他人への賠償責任

第一に、たとえば、不注意な武器の使用による加害行為、交通自己による加害などがその典型である（333条1項参照）。この規定は、旧債務法61条に変わる規定であることもあって、一九一二年の民法施行前の判例も、先例としての価値を有すると解される（異論がない）。不法行為の問題でもあるので、詳細は別書に譲る（Tuor, ZGB 38 II c bes. S. 348; Hegnauer, Grundriss § 30 III）。

第二に、家長が責任を負う加害行為には人的な制限がある。未成年者、禁治産者、精神耗弱者、精神病患者である家族員の行為に限られる。いい換えると、成年者や下僕の行為には責任を負うことはない（異論がない）。

最後に、責任が生ずるについて、家長の過失は要件ではない。いわゆる結果責任の一つとされる（判例、BGH 103 II 26 I.）。もっとも、免責事由が法定される（333条1項参照）。

(b) 家族の配慮

ことに精神病患者や精神耗弱者である家族員のために、危険や損害が生ずることがないように配慮すべき責任がある。また、必要な場合には、必要な保護処分を求めるために、管轄官庁に届け出るべき義務を負っている（333条2項・3項。たとえば, vgl. Hegnauer, Grundriss § 30 II 3）。

(c) 寄与を補償すべき責任

わが国の寄与分の清算のモデルとなった制度である。わが国よりも、たとえば清算の時期など寄与者の保護が厚いことが特色である（後述7参照）。

3 家族財産

各家庭にはいろいろな種類の財産が存在する。当該夫婦や家族だけの財産もあれば、親族やときには姻族の利益に役立っている財産もありうる。これら財産によって、家族内での共同体思想が強化され、財産の散逸を防止することに役立ち、共通

の経済ないし経営の合理的な利用を可能にしている。民法では、そのような財産を包括して、家族財産 (Familienvermögen) と呼ばれる (vgl. Hegnauer, C., Grundriss des Kindesrechts, 3. Aufl. 1989, § 3(2))。

家族財産は三種類存在する。すなわち、「家族財団」 (Familienstiftung)、「家族共通財産」 (Gemeinschaft, indivisio-ne)、「家産」 (Familienheimstätte, asile de famille, 中川教授の訳では「家宅もしくは狭義の家産」と訳出 などがそれである。いずれも家族に関して財産的效果を生ぜしめる制度であるという理由から、第3款335条以下で纏めて規定されている。その他の「家族世襲財産」の制度は、統一民法ではその設定が禁止されている (335条2項、後述4の5参照)。

(1) 家族財団 (Familienstiftung, fondations de famille)

(a) 目的等

家族員の教育費用、独立資や扶養のための費用の支弁、その他、同様の目的のために、家族法や相続法の規定に反しない範囲で、家族財団を設定することができる (335条参照)。

設定が効力を生ずるために、商業登記簿への登記を要せず (52条2項)、また所定の官庁の監督を受けることもない (87条1項本文参照)。この点も、通常の財団と異なる一つである (vgl. Hegnauer, Grundriss § 32 I 4 A und B)。

(b) 家族財団とは

家族財団も、いわゆる財団 (Stiftung) の一種である (財団一般については、vgl. Riemer, Berner Kommentar Art. 80-89 bis S. 75 ff.)。家族財団については、簡潔な紹介原稿があるので、本稿でもそれを参考として、主要部分のみを紹介しておく (高木「家族財団」前掲、七四頁以下参照)。

第一に、家族財団には特定の目的限定があり、目的に係わる部分は一般財団 (80条) と共通の規制を受けないが、その余の点では一般財団と共通の規制を受けるものと解される。

第二に、家族財団から利益を受ける受益者は、家族に属するものである。いい換えると、受益主体が、いわば不定の家族

であり、しかも世代を超えて家族に帰属する点に特色がある。所属する人が確定的でないという意味では不定であるが、全く不定というわけではない。家族(員)という比較的狭い受益者が予定されることで人的な範囲が限定されている。この点で、一般の財団と異なる (Hegnauer, Grundriss § 32 I 2 もこの点を強調する)。

規定の意味するところによれば、家族の所定の利益に役立つ目的の財団法人が設立され、その受益者が家族であるとの趣旨である。家族の意義がかなり広いことは、すでに述べた。

(c) 設立

第一に、家族財団の設立は、公正証書または死因処分の方法により、これを行うことができる (vgl. Hegnauer, Grundriss § 32 I 2 が明言する。異論がないものと思われる)。死因処分の場合には、遺留分規定の制約のあること、他の場合と同様である。

第二に、寄付行為は、債権者との関係では一種の贈与と扱われ、債権者(ときには寄付者の相続人)がこれを取り消すことができる (82条参照)。

第三に、登記との関係では、たとえば公正証書による設立であれば、公正証書の発行と同時に法人格が生じ、商業登記簿への登記は設立の要件ではない (52条参照)。もっとも、商業を営む者など所定の者が、登記をなすべき義務を負うことがある (同条2項)。

(2) 財団の概要

(a) 財団の目的

第一に、家族の教育や扶養など所定の目的に役立つことが目的である。目的が限定的であり、受益者も著しく限定されることが特色である。

第二に、目的は三種に大別することができる。高木・前掲論文(七六頁参照)によれば、①職業選択や職業準備に役立つ

費用への充当、② 病者や老齢者、失業者のような扶助を要する者や、経済的な困窮者、破産者などの保護救済を目的とする。③ 規定にいう「同様の目的」の例としては、とくに婚姻前の娘の嫁入り支度が典型例といわれる。

扶養について補足すれば、現実には扶養を必要とする者が居なければ家族財団の設立が認められないわけではない。抽象的に、扶養を目的とすることで足りる（通説・判例、vgl. Hegnauer, Grundriss § 32 I 3）。

第三に、いわゆる「扶養財団」のように、世襲財産類似の機能を営むことが予定されるものは、許されない（同様の制約は、受益主体の面にも及ぶ。後述(e)を参照）。

(b) 受益する者

第一に、受益主体についていえば、① 主体は寄付行為により決定される、② 特定の者を個別に指定することも可能である、③ 受益者をたつた一人に限定することは、「家族」に役立つという制度の趣旨に反して許されない、④ たとえば長男の長男のみを受益主体に限定することは、世襲財産を作ることに通じるから許されない。

第二に、寄付者の配偶者も受益の主体となるが、離婚によりその権利が消滅する（附条3項）。

第三に、離婚法改正の予備草案では、この点の扱いは定かではない。しかし、基本的には現行附条と同趣旨であるとされるので、変更はないと理解してよいであろう（松倉耕作「スイス改正予備草案と離婚の効果など」本誌一七卷二号二〇〇頁参照、九三年）。

(c) 財団の消滅

「その目的を達することが不可能に至った場合」には財団が消滅する。一般の財団の場合と同様である（簡潔には、高木「家族財団」前掲、七七一七八頁参照）。

(d) 機能

第二に、財団設立による家族の保護は、若い世代の育成、その教育などにとり必要不可欠の制度であり、高木論文によると、漸次増加する傾向にあるとコメントされる（高木・前掲論文八〇頁参照）。

第二に、マイナス機能として、登記不要ゆえ取引の安全を害する、違法な扶養財団の設立、安い税金を悪用した脱税の手段としての設立など、制度の弊害を生ずる危険も秘めている。

4 家族共通財産 (Gemeinschaft, indivisio)

家族財団との主な違いについて補足しておこう。

まず第一に、設定と機能についていえば、家族財団のような限定的な目的はない。より広い目的に利用することができる。また、家族財団と異なり、法人格をもたないようである (Hegnauer, Grundriss § 32 III 1 によつて)。

第二に、設定は、公正証書による方式のみが予定されている (もつとも Hegnauer, Grundriss § 32 III 1 によれば、ゲマインダー全員が署名する契約書の作成をも許容される)。旧 622 条に基づいて、法律により設立される場合もある。農場相続において、分割をさける趣旨からである。

第三に、共通財産関係は、「経済的な活動」をなす目的で設定される。この目的から種々の制約、たとえば共通財産関係の存続中は、財産関係の分割や持分の処分が禁止される。

(1) 目的・形成、創設

今日の学説の評価によれば、家族共通財産という制度により、社会的かつ経済的な課題を解決しようとしたのは、賢明であったとされる (Tuor, ZGB 39 II a)。この制度は、すでに五つのカントンで採用されていて、若干のアレンジを施して連邦法として採用されたものである。

ところで、共通財産関係 (Gemeinschaft, Indivision) という制度は、つぎの理念を基礎とする。すなわち、

第一に、遺産分割というものは、被相続人の死亡後、直ちに行われるべきものではなくて、分割すると農地の分地や承継する相続人の債務超過を生ぜしめるような場合には、のちの適切な時期まで分割は延期されるべきである。その間、遺産の

全部または一部は、相続人に共同に帰属すべきである。

第二に、遺産の全部または一部は、相続人に共同で（わが法流に言えば、合有関係で）帰属させるべきである、という考慮を基礎とする。相続人への財産帰属が共有ではなく、合有（*Gemeinschaft zur gesamten Hand*）であることは、条文上も（342条1項）、文献でも（*Tuor, ZGB 39 II a; Hegnauer, Grundriss § 32 (2)*）明らかである。ゆえに、――

① 相続人は、共同してのみ共通財産を処分することができる（339条3項）。

② 管理や代表についても同様に共同である（340条）。

③ 債務責任のみは、合有の他の形態、たとえば相続共同体の場合の処理（603条）と同様に、合有の原則には従わず、債務責任は個々の構成員にのみ妥当し、かつ、全債権者に対して、個々の構成員が連帯責任を負う（342条2項）。

つまり、共通財産関係の通常形態では、遺産が帰属する親族は遺産を未分割のまま帰属・承継するのである。もっとも、合意による形成、たとえば各自の固有財産を含めて共通財産とする旨の合意することも可能である（*Tuor, ZGB 39 III a S. 352* はその趣旨であろう）。

上の二つの場合のいずれにおいても、共通財産関係が創設されるためには、公正証書によること、ゲマインダーまたはその代理人の署名のあることが必要である（377条）。これら二つの場面では、共通財産である合有財産（*Gesamtvermögen*）と並んで、夫婦の共通財産制の場合と同様に、個々の構成員のもとに、「旧」婚姻法のもとという特有財産（*Sondergut*、新婚姻法のもとでは、固有財産 *Eigentum* がこの意味に近い）が存在することになる。そのような個人財産は、個々の構成員が単独で相続した財産または単独で受贈した財産がそのような個人財産ないし固有財産となる（342条3項）。

(2) 種類

共通財産関係は、関係者の置かれる状況によって、① 共同生計を伴う共通財産関係、または、② 所得共通関係、のいずれかである。

(a) 共同生計を伴う共通財産関係

特別の例外的な場合、たとえば、病気である、子供である、不在であるといった場合を別として、この財産関係のもとでは、すべてのゲマインダーは、営業活動を経済的に共同で関与することになる（339条1項）。どのように共同するかは、①関係者の合意、②地域の慣習、③家長の指示、などにより決まる。ゲマインダーは、共同世帯を営み、一緒に住んでいるとは限らない。

共同中は、労働する義務のみならず、権利の行使、共同体の要務の執行にも及ぶ。それに、全員の同意や協力が必要である。もともと、通常の管理や緊急の改善行為は例外であって、これらの行為は各自が単独で行うことができる。

ゲマインダーの地位は、内外いずれの関係においても同権である。規定の表現からは、この趣旨が明らかではないが、異論のない通説と思われる（Tuor, ZGB 39 II 6 S. 352）。

もともと、たとえば重要な事務の処理にさいして、彼らの一人を *Haupt* すなわち共同体の長に選ぶのも同等原則の修正であり、それが許されることはいうまでもない。その場合でも、執行は、執行すべきゲマインダー全員の意思に基づくべきことは当然である（通説・判例）。もともと、ハウプトのみが、他のゲマインダーなくして、善意の第三者に対する関係で、共同関係を有効に代理できるためには、商業登記簿への登記が必要である。

(b) 収益共同関係

たとえば、相続人の一人が相続財産である家屋に居住し、他の者は別の場所で生活するということも多くみられるところである。このような場合、なんらかの処置をとらなければ、後者の相続人は、共同経営から生ずる収益ないし利得から除外されることになる。

他方で、とくに農場経営が相続された場合などにあつては、経営の維持のためには、分割をさせることが望ましい場合も多いであろう。たとえば、父の遺産を承継した息子が、他の共同相続人に金銭補償（わが法流にいえば債務負担）した場合において、債務の負担が過度になつては、経営の破綻がさがたいであろう。このとき、他の相続人への補償が長期的なもの

で済めば、引受相続人にとっても好ましい。

つまり、その間、分割が延期され、財産は共同体のなかにとどまることになる。他のゲマインダーは収益、とくに純益にのみ参与することになる。収益は、比較的長期間の平均収益を基準として算出されることになっている（374条2項）。

収益共同体は、① 合意により、② 法律の規定により、成立する。収益共同体は、任意または相続人の一人により、他方を法律により、強制されることもある。たとえば、引受相続人が財産の引受によって、共同相続への補償のために、土地を一定の限界を超えて抵当権の目的とした場合がその例である。この旧622条に規定される、いわゆる強制された共通財産関係は、かつては相続法で扱われていたが、九四年一月一日以降は、「新農場法」で扱われている。

(c) 収益共同関係と農場相続

第一に、旧622条・旧623条によれば、共通財産関係が強制的に設定されることがある。参考のため規定を示しておこう。

旧622条（3）家族共通財産 a 請求

① 農場経営資産の承継者が、他の〔共同〕相続人の持分を保全するために、すでに自己の不動産の上に存在する不動産担保権に加えて、さらに自己の不動産に、算入価格の四分の三まで〔担保を〕負担しなければならないことが、著しい負担となるときは、〔農場の〕承継者は、引き受けた経営資産に関する分割の延期を請求することができる。

② 前項の場合においては、〔すべての〕共同相続人は、収益共同体を構成する。

旧623条（b）共同体の解消

① 承継人が過超の債務を負担せずに、〔他の相続人への〕補償を履行することができる状態に至ったときは、各共同相続人は、〔相続〕共同体を解消し、自己の持分の支払を請求することができる。

② 引受〔相続〕人は、別段の合意がなされていないかぎり、いつでも〔相続〕共同体の解消を請求することができる。

右記の相続法の規定が廃止されたのに伴い、九四年施行の新農場法で、どのように改められたのかを調べてみたが、知る

ことができなかった。農場法改正前の記述であるが、有力学説は、農場では収益共同体が存在するものとの前提に立つ (vgl. Hegnauer, Grundriss § 32 II 2 (C))。新法下での農場についても同様であろうと思われる。後学のため、参考資料のみを示しておこう (松倉耕作「新スイス農場法 (条文訳)」本誌一八巻一号八五頁以下、九四年、同「スイス新農場法と遺産分割」本誌一八巻三号一一三頁以下、九四年。後者は、とくに遺産分割との係わりに焦点を絞った解説である)。

(3) 共通財産関係の解消

結論を要約するにとどめ、詳細はすべて他書に譲る (Tuor, ZGB 39 II c S. 353; Hegnauer, Grundriss § 32 II (3))。共通財産関係の解消には、絶対的解消と相対的解消とがある。

まず、絶対的解消というのは、文字どおり共通財産関係が絶対的に消滅することという。他方、相対的解消というのは、ゲマインダーの一部の者が破産ないし差押えなどの事由により、共通財産関係から脱退することという。

343条列挙の事由がゲマインダーの一人について生じた場合には、その者のみが共通財産関係から離脱し、他のものは従前どおり共通財産関係を継続することになる。法はその例として、解約告知 (含有関係解消の意思表示)、破産、差し押さえられた持分が換価された場合などを列挙する (338条1項・2項、344条1項)。

そのほかに、婚姻、さらには事情によってはゲマインダーの死亡も解消となりうる。とくに婚姻の場合にあつては、解約の告知なくとも直ちに共通財産関係から離脱することが許されている (344条2項)。死亡の場合には、その相続人等が新たな構成員になるのかどうかにより、若干扱いが異なる。詳細は別書に譲る (Tuor, ZGB 39 III (C))。

さらに、収益共同関係の解消にあつては、引受人の人的な事由も解消事由となることがある。たとえば、経営の懈怠、他のゲマインダーに対する義務違反、などがその例である。これらの場合にあつては、裁判官がゲマインダーの一人の請求に基づいて、または重大な事由の存在する場合には、遺産分割に関する規定を斟酌して、引受人の経営に参与することを認めることができる (348条)。

解消により清算が必要となる。解消の種別により、清算の方法が異なる。

まず絶対的解消のさいには、共同財産の分割が行われ、相対的解消の場合には、離脱者およびその相続人への補償（金の支払）により、清算が行われる。そのさい、財産状態は、解消事由が発生した時期すなわち、合意、破産、死亡、婚姻などの生じた時期が基準となる。

分割・清算について、つぎの制約がある。

- ① 分割や補償金の支払は、不当な時期に実行することはできない、
- ② 長い期間後の分割・清算は、(1) 前掲346条、(2) 617条2項（遺産分割規定）、(3) 651条（共同所有物の分割）などの諸規定を類推して、行うべきものとされる（BGE 102 II 176）。

5 家族世襲財産

主な文献：

- ① Steiger, E., *Die Familienfideikomisse in der Schweiz*. Diss. Zürich, 1986. (筆者は未見)

スイス法上、被相続人が処分できる包括承継は、死因処分を含めた二つに制限される。すなわち、被相続人はその処分により、先位相続人をして、指定した相続財産を後位相続人に引き渡すべき義務を課することができるが、後位相続人に同様の義務を課すことは、明文規定により許されない（488条1項・2項。制限の功罪については、vgl. Tuor, *Kommentar* Art. 488 Z. 10 ff.）。この点は、統一民法典以前のカントン法の流れに従ったといわれる。二つの承継方法に限定したのは、これ以上にわたり不動産の流通に制約が生ずるのをさける趣旨である。世襲家産の設定を制限した旧355条2項の規定も、ここでの制限と同一の理由による。文献によれば、そのような指定は、違法な「家族世襲財産」(*Familienfideikomisse*)にあたるものと解される（vgl. Hegnauer, *Grundriss* §32 I 5; 松倉耕作「スイス法における後位相続人の指定」前掲、六四頁参照）。

6 家 産

主な文献..

① 家産のみを対象とする適切な文献は存在しない。

家産に関する規定は、近く廃止される運命にある。ゆえに将来は、歴史的な意味しかもたないことになる。そこで本稿でも、ごく簡単に制度のアウトラインを素描するにとどめておく。

(1) 制度の起源と設定の許容

家族共通財産の制度はスイスの法制度に存在したのに対して、家産 (Heimstätte) の制度は、北アメリカとくにテキサス州に端を発する制度が移入されたようである (vgl. Tuor, ZGB § 39 III a)。立法者フーバーは、スイスの旧制度に新風の吹き込まれることを期待したのであるが、現実の機能を疑問視する主張が強かった。そこで、いわば一種の妥協案として、現行349条のような形、すなわち導入を可とするカントンでのみ、家産制度を採用することができるとされたのである。民法施行の一九二二年一月一日の段階では、ベルン、フライブルク、バーゼルラントなどを含めて一七カントン（当時は全土で二二カントン存在した）で民法にいう「細則」が制定され、家産制度を許容する途が開かれたのである。

結局、われわれ日本人の評価とすれば、① チューリヒやジュネーブ、それに都市バーゼルなどスイス三大カントンが含まれていないから、比較的郡部のカントンで認められた制度である、② 多くのカントンで家産を創設する途が開かれたが、現実には、それらカントンでも殆ど根づかなかった、と理解しておけばよいであろう。

(2) 法律上の形成

第一に、対象となる財産は農場経営財産が念頭に置かれている(350条1項)。しかし、農場経営に限定されるわけではなく、その他の営業に役立つ財産や居住用の建物を家産とすることも可能である(vgl. Hegnauer, Grundriss § 32 III (2))。設定にさいしては、債権者や第三者の権利を保護する所定の手続を踏むことが要求されている(351条—352条参照)。

第二に、登記簿に登録しなければ、家産設定の効力が生じない(353条)。登記が効力発生要件である。家産となった財産には、処分制限、強制執行の排除など(354条)、家産それ自体の保護が図られている。

第三に、この制度は、右記(1)でも述べたように、スイスでは殆ど利用されていない。そのこともあって、近く廃止される運命にある。加えて、その内容がわが国に参考となる制度でもないと思われるので、本稿でも、その内容に立ち入ることはしない(簡潔には、vgl. Tuor, ZGB 39 III b; Hegnauer, Grundriss § 32 III)。

7 寄与分の清算について

本稿の「はじめに」でも述べたように、スイス民法のもとで「寄与」といえば、親子間の寄与のほかに、夫婦間のそれも寄与清算の対象となる。本稿の記述対象を考慮し、ここでは前者の親子間での寄与のみを扱う(夫婦間での寄与に関する邦語の文献については、本稿「はじめに」に示した拙稿を参照されたい)。

① Imhof, B. M., Die neuen Bestimmungen über den Lidlohn, Art. 334, 334 bis, 603 Abs. 2 ZGB. Diss. Freiburg 1975.

② Neucomm, W. / Czettler A., Das Bäuerliche Erbrecht. 5. Aufl. Brugg, 1982.

③ Zoller, J., Lidlohansprüche ZGB. 334, 633. Diss. Zürich, 1969.

以下では、寄与分規定の概要を示しておく。

「農業民事法の改正に関する連邦法」(七二年制定、七三年二月一五日起施行)によって、旧規定が改正された。スイス法は、フランス法と異なり(フランス法についても、拙稿・前掲「民商論文」(2)一七頁以下参照)、農業での寄与に限定されていない(vgl. Hegnauer, Grundriss §31 I)。それゆえ、わが制度に近いので、フランス法よりも、それだけ一層解釈の参考となるであろう。

第一に、改正の主な項目をいえば、補償債権を主張する時期が拡大された。旧法では、遺産分割(すなわち、被相続人の死亡時)のときのほかに、被相続人(いい換えれば、寄与者の父)の財産の差押えや破産に基づく強制執行のさいに限られていた。

父の生存中にこのような事態が生ずれば、寄与者の貢献はチリのように飛んでしまうことになる。新法では、被相続人の死亡の時期のほかに、つぎの場合が付加された。

- ① 補償請求権者である子と営業主である父との共同世帯が廃止されたとき、
- ② 営業が営業主である父から他人の手に渡ったとき。たとえば、子が営業を承継したときや、その他の第三者に売却されたときなどという。

第二に、寄与分の清算を主張できる主体が拡大された。旧法下では、判例上も、子以外の家族員が寄与清算を主張することは認められていなかった。新法は、とくに孫を寄与主体に加えた。もともと、寄与分清算を請求できる寄与の時期は、成年に達したのちの寄与に限られる(松倉「寄与」前掲、四九頁参照)。わが法のもとでも、ほぼ同様の扱いがなされるものと思われるが、スイス法を模倣したわが法の解釈としても、参考となる結論であろう。

第三に、旧規定は、相続法それも持戻しの規定のなかに置かれていた。その場所が当を得ていないという判断から、新法では、本稿でみたように、家族共同体のなかに挿入された。これにより、寄与すなわち補償請求権の法的性質に変更をきたすことになる(松倉「寄与」前掲、三一頁参照)。

第四に、603条2項を新設することにより、補償債権の限界が明示された。すなわち、新法のもとでの補償債権は、被寄与

者である被相続人の積極財産によって担いうる範囲内に制限された。たとえば、積極財産が一〇万フラン、相続債務が八万フラン、補償債権が四万フランとすると、積極財産が債務超過とならないかぎりでは補償債権が相続債務と扱われるから、この例の場合には、実質的な補償債権は二万フランに縮減されることになる。また、他の相続債務がすでに一〇万フランを超えていれば、実質的な補償債権は零となる。その意味では、わが国の寄与分制度の場合より、補償債権の保護の度合いが低い場合も生ずるであろう。

第五に、旧法と異なり、補償債権の明示的な放棄に関する規定がみられない。もともと、新法下でも、放棄に関する扱いは旧法下におけると異ならず、単に私法の一般原則に従って評価されるにとどまる。ゆえに、補償債権の放棄を認める趣旨と解されている。もともと、放棄が明示的であることを要することは、旧法下での扱いと異ならない。要するに、明示の放棄がなされないかぎり、寄与者は相当な補償債権を請求できるという結論になる。

第六に、補償債権の相当性についていえば、つまるところ補償債権は給与ではなく、給付された労務提供・収入の出捐に対する事後的な補償にすぎない。「相応の」ないし「相当の」という形容詞が変更されているが、内容において旧法と異なる趣旨ではない。補償債権の算出については、算定表が公表されているので、それを基にして、個々のケースの特殊性を加味して具体的な補償額が算定されるようである（松倉「寄与」前掲、五四頁以下の表を参照されたい）。

裁判例を示しておこう（BGGE 32 II 34(2)）。

いまたとえば、A・B・C三人の子があり、寄与者Aが一万フランの補償請求権を有し、Bが二万フランの生前贈与を受け、遺産が五万フラン、分割の対象となる財産が二万五千七百フランであるとする。この場合各人の取得分は、Aがまず一万フラン先取りし、その残りを三人の子がそれぞれ取得することになるから、結局、Aが三万フラン、Bが零（ほかに生前贈与を二万フラン受けている）、Cが二万フランを取得することになる。もしBへの生前贈与が分割の対象となる遺産の大部分を占めていたり、被相続人によりBの持戻し免除が意思表示されていたれば、積極財産は全く残らず、Aへの補償に支障をきたす場合もありうる。そのような場合には、被相続人の生存中になんらかの利益を受けた者（たとえば、生前贈与を受けた者）、その者の固有財産からA

に補償すべき旨が、判例上も承認されている。この点をみても、わが法に比べて、寄与者の補償債権の保護が厚いことが知れる。

第七に、争いがある場合には、裁判官は、相当な補償の担保についても判断することが認められている。たとえば、補償請求権者である子が、債務者である父の生存中に、共同世帯を去るにさいして二〇万フランの債権を有するとする。ところが、この時点では、債務者たる父が全額を給付する資力を欠いているために、または営業の継続を保障するために、裁判官が一〇万フランの一部弁済を命じ、残余の債務の弁済を父の死亡のときまで猶予したとする。その後、残余債権の弁済について危険が生じたさいに、補償債権を保全する手段の一つとして担保の供与を求める権利が認められたのである。これを認めるか否かは裁判官の裁量にゆだねられている。具体的には、① 質権の設定、不動産担保たとえば抵当証券、債務証券、ギョルトなど、② 人的担保たとえば保証や信用委託など、③ 第三者のもとへの金銭や有価証券の寄託などが挙げられている。

第八に、補償債権と時効についていえば、債権それ自体は消滅時効にかかることはない。間接的に、たとえば父死亡の場合であれば、わが法と同様に、遺産分割が終了するまでに主張しないと、その後は債権の主張ができなくなる、という形で間接的な制約がある。補償債権者・債務者間の法律関係が不当に長く不安定なまま放置されるのを防ぐ趣旨である。

補償債権の規定が任意法規が強行法規かが争われた裁判例がある (BGE 52 II 339)。

判決によれば、もし被相続人の死因処分により、補償額にみあう積極財産が存在しなくなったときは、滅殺訴訟 (629条) もしくは持戻し訴訟などにより、寄与者保護の途が開かれている。いまたとえば、ある寄与者の相続分が二万四〇〇〇フラン、それと並んで八〇〇〇フランの法律上の補償請求権を有しているとすれば、被相続人の処分または遺留分の剝奪 (自由分の行使) により、最高六〇〇〇フランまで寄与者から奪うことが可能である。これを寄与者の立場からみると、寄与者は法律的には一万八〇〇〇フランの遺留分と八〇〇〇フランの補償請求権とを合算した二万六〇〇〇フランを求めることができることになる。

被相続人の処分を余り広く認めることは、寄与分制度の立法趣旨を損なうことになるという実際的な考慮から、学説もこの判例の結論を支持している。被相続人の死亡のさいの清算について、寄与分を定めた旧63条の規定がきわめて概括的な内容を定めるにすぎないものであり、その具体的内容は解釈に委ねられていた。そこで、被相続人が、とくに死因処分により寄与者の補償債権を減少させることができるものか争いがあつた。右記判例は、学説の消極説を採用したものである。すなわち、補償請求権は衡平と正義に基づいて、遺産の負担であるとの立場から認められる制度であるから、この負担は寄与者の意思、すなわちその明示的な放棄の意思によつてのみ排除することができ、被相続人の一方的な処分によつて、これを排除することはできないことになる。

8 おわりに

今回紹介したなかで比較法の観点から参考となるのは、寄与分の清算の部分のみであろう。同規定は、わが国での立法化にあたり、フランス法と並んで、重要な参考とされた、いわば母法ともいふべき位置を占めている。それゆえ、スイス法の発展も、今後のわが国と比較参照すべき領域の一つである。ことに、寄与者の拡大、寄与の清算時期の拡大を論じるさいには、改めてスイスの文献を開いてみる必要がある。

〔九五年三月三十一日 脱稿〕